

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/93195>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

# Legaliteit en de wisselwerking tussen wetgever en rechter

door Janneke Gerards

op 30 mei 2011 in [Artikelen](#)



Op 10 juni 2011 vindt in Utrecht de jaarvergadering plaats van de [Nederlandse Juristenvereniging](#). Het thema is *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, met preadviezen van de hand van Voermans, Borgers en Sieburgh. De drie preadviezen hebben als gemeenschappelijke vertrekpunt de stelling dat ons klassieke beeld van het legaliteitsbeginsel verouderd is, vooral waar het gaat om de manier waarop dat beginsel de verhouding tussen wetgever en rechter definieert. Die stelling is terecht. Lange tijd is aangenomen dat legaliteit impliceert dat de formele wetgever regels vaststelt en bevoegdheden schept, met twee heldere doelstellingen: het creëren van voorspelbare, duidelijke en voor iedereen geldende regels, en (iets recenter) het waarborgen van democratische legitimatie. Deze uitgangspunten impliceren dat de rechter zich niet met het resultaat van het wetgevend optreden mag bemoeien. De rechter moet rechtspreken binnen de grenzen van de wet en mag daar niet buiten treden. Dat betekent dat hij zich moet beperken als het gaat om het opvullen van gaten, en al helemaal als het gaat om de beoordeling van de redelijkheid van wetgeving.

De realiteit is echter dat vage of open regelgeving de rechter vaak dwingt tot vergaande interpretaties, dat hij vragen krijgt voorgelegd over de verenigbaarheid van wetgeving met internationale grondrechtenbepalingen, en dat hij convergentie moet zoeken tussen ogenschijnlijk tegenstrijdige Europese en nationale regelgeving. Gelet daarop is hernieuwde doordenking nodig van de vraag hoe de doelstellingen van het legaliteitsvereiste kunnen worden verenigd met de veranderde rol van de rechter.

De verhouding tussen rechter en wetgever kan een meer bij de realiteit passende vorm krijgen als deze wordt gezien in termen van voortdurende wisselwerking.<sup>1</sup> De wetgever inventariseert en beoordeelt doelstellingen en belangen, maakt keuzes en selecteert instrumenten. De rechter interpreteert de wet in een concreet geval en toetst deze eventueel op verenigbaarheid met internationale verdragsbepalingen; daarbij kan de wet buiten toepassing blijven als deze niet voldoet. De wetgever kan daar vervolgens weer aanleiding in zien om de wet aan te passen, waarna deze desnoods opnieuw aan de rechter kan worden voorgelegd. Om een dergelijke wisselwerking soepel te laten verlopen, is het echter nodig om een aantal veranderingen door te voeren.

Allereerst blijkt het proces van interpreteren en toetsen van wetgeving nu vaak moeilijk, doordat weinig duidelijkheid bestaat over de doelstellingen en betekenis van wetgeving. Daaraan zou in het wetgevingsproces meer aandacht moeten worden besteed. Optimaal zou het zijn als op enig moment in de wetsprocedure een geconsolideerde versie van de gewisselde stukken tot stand kan worden gebracht, waardoor het voor de rechter duidelijk is welke overwegingen aan een bepaling ten grondslag hebben gelegen.

Vervolgens moet voor de rechter duidelijk zijn dat hij de door de wetgever gemaakte beleidskeuzen moet respecteren. Wel mag hij kritisch kijken naar de kwaliteit en de zorgvuldigheid van de wettelijke voorbereiding. Als bijvoorbeeld sprake is van een aantasting van een belangrijk grondrecht, mag de rechter geen genoegen nemen met oppervlakkig geformuleerde doelstellingen of met instrumenten waarvan de effectiviteit onvoldoende is onderzocht. In dergelijke gevallen mag de rechter, vaker dan nu het geval is, gebruik maken van het instrument van buiten toepassing laten van de wet. Dat kan voor de wetgever ook een prikkel vormen om zijn motivering te verbeteren.

Daarnaast moet de rechter de wetgever duidelijke informatie geven over wettelijke tekortkomingen, zodat helder is waar verbetering nodig is. De rechter moet specifiek aangeven op welke punten de wetgeving tekortschiet, of waarom hij een wet in strijd acht met een internationaal verdrag.<sup>2</sup>

Voor effectieve wisselwerking is het verder nuttig om een systeem van terugkoppeling te introduceren. Ik heb dat eerder bepleit in genoemd preadvies voor de Staatsrechtconferentie, en aanverwante voorstellen zijn gedaan door Van Kreveld<sup>3</sup> en door Borgers in zijn NJV-preadvies. Juist nu de discussie over de taakstelling van hoogste rechters nieuw leven is ingeblazen door de aanpassingen bij de Hoge Raad, is het tijd om met die voorstellen iets te doen. Kort gezegd blijft dan het uitgangspunt dat de rechter, bij strijd tussen een wettelijke bepaling en een verdragsbepaling, de bepaling conform art. 94 Grondwet buiten toepassing laat. Tegelijkertijd kan hij, naar voorbeeld van de Britse *Human Rights Act*, worden verplicht om een verklaring van onverenigbaarheid af te geven aan de wetgever. Vervolgens dient de wetgever daarop een adequate en expliciete reactie te geven. Ook andere door de rechter geconstateerde onvolkomenheden kunnen via een terugkoppelingssysteem onder de aandacht van de wetgever worden gebracht. Op die manier is de kans groter dat de wetgever zijn taak tot het aanpassen van wetgeving serieus neemt.

Via een dergelijke versterking van de wisselwerking tussen wetgever en rechter kan een andere invulling worden gegeven aan het legaliteitsbeginsel en aan het principe van machtenscheiding, die beter past bij de eisen van het huidige tijdgewricht. Het zal mooi zijn daarover, op 10 juni én daarna, te discussiëren.

Prof. mr. J.H. Gerards is als hoogleraar fundamentele rechten verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen en is medewerker van het NJB. Deze opinie is verschenen in NJB 2011/22.

1. Zie eerder Gerards, 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?', in: De Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 161-199. [↵](#)
2. De recente uitspraak van het Hof Amsterdam in de zaak over de Sanctieregeling Iran 2007 biedt een voorbeeld van hoe zo'n motivering eruit kan zien (26 april 2011, nr. 200.063.360/01). [↵](#)

3. 'Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever', *RegelMaat* 2006, p. 186. [↩](#)